



APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONDUTAS DO CONSUMIDOR

Paula Durão Alves Palmeira de Oliveira

Rio de Janeiro
2016

PAULA DURÃO ALVES PALMEIRA DE OLIVEIRA

APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONDUITAS DO CONSUMIDOR

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONDUTAS DO CONSUMIDOR

Paula Durão Alves Palmeira de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: se por um lado as normas protetivas consumeristas são necessárias para garantir a proteção do reconhecidamente vulnerável, essas previsões legais podem ser indevidamente utilizadas para inverter o desequilíbrio da “balança”. Assim como há a necessidade de a plena proteção do vulnerável ser vista à luz da teoria do diálogo das fontes, as normas consumeristas não podem obstar a análise crítica da conduta do consumidor. O presente trabalho pretende cuidar do exame da boa-fé objetiva aplicada ao comportamento dos consumidores, com enfoque na sua figura parcelar do dever de mitigação, tendo em vista que a configuração de um sistema protetivo próprio, com fulcro na vulnerabilidade, não pode impedir a aplicação das cláusulas gerais do ordenamento.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Boa-fé objetiva. Dever de mitigação do próprio juízo. *Duty to mitigate the loss*.

Sumário: Introdução. 1. O sistema protetivo do consumidor e o surgimento do Código Civil de 2002. 2. A boa-fé objetiva e sua figura parcelar do *duty to mitigate the loss*. 3. Dever de mitigação do próprio prejuízo no âmbito consumerista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

“O consumidor é a categoria mais importante para o desenvolvimento da economia”, disse John Kennedy. De fato, a proteção do consumidor apresenta-se como imperativa na atualidade, não apenas em razão de representar defesa ao reconhecidamente vulnerável, mas também para garantir o salutar desenvolvimento das relações econômicas que, em regra, de um modo ou de outro, guardam relação com o consumo.

No direito pátrio a proteção ao consumidor começou a ser delineada no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, carta que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e o direito do consumidor como direito fundamental, sendo caminho natural – e imposto – a consolidação de um sistema normativo próprio para proteção do consumidor.

Nesse contexto protetivo do consumidor, contudo, não podem ser olvidados os demais princípios e regras que imperam em nosso ordenamento, de modo que o microsistema consumerista não subsiste de forma isolada no sistema jurídico. Assim, se por um lado há a necessidade de a plena proteção do vulnerável ser vista à luz da teoria do diálogo das fontes, por outro lado as normas consumeristas não podem obstar a análise crítica da conduta do consumidor.

O trabalho ora desenvolvido procura realizar essa análise com enfoque especial na aplicação da boa-fé objetiva a este no contexto da responsabilidade civil do fornecedor, mais especificamente quanto ao corolário do dever de mitigação do próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Em outras palavras, examina-se a conduta do consumidor, à luz da boa-fé objetiva, diante de um fato do produto ou fato do serviço, não de modo a perquirir sua eventual responsabilidade civil, mas sim para examinar como a conduta do consumidor pode influenciar na delimitação das consequências da responsabilização do fornecedor.

Esse estudo é justificado pela aplicação, por vezes indiscriminada na prática forense, do princípio da reparação integral dos danos, sem que seja examinada eventual contribuição do consumidor para a majoração dos efeitos danosos. Procura-se demonstrar que a premissa de sua vulnerabilidade e a consagração de um microsistema protetivo não implicam o afastamento das normas gerais do Direito Civil, principalmente no que diz respeito à boa-fé objetiva e, mais especificamente, no que tange à aplicação da sua figura parcelar do dever de mitigação.

Nessa linha de intelecção, o estudo é iniciado com análise do sistema protetivo do consumidor e suas influências com o advento do Código Civil de 2002. Em seguida será realizada breve análise da cláusula geral da boa-fé objetiva, com enfoque na figura parcelar do dever de mitigação do próprio prejuízo. Por fim, será demonstrada a

possibilidade de aplicação dessas diretrizes civilistas à conduta consumidor, sem que seja afastado ou desnaturado o microssistema protetivo.

1. O SISTEMA PROTETIVO DO CONSUMIDOR E O SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O ordenamento jurídico pátrio tem seu eixo e norte na própria Constituição. Seguindo as lições de Hans Kelsen, afirma-se, hodiernamente, que os ordenamentos jurídicos são sistemas hierarquizados, sendo o topo da pirâmide escalonada desse sistema ocupado pela Constituição¹. A Constituição Cidadã de 1988 representa, nesse contexto, o ápice do ordenamento contemporâneo e a consolidação do Estado Democrático de Direito, com forte dimensão prospectiva e compromissória.

O sistema de direitos fundamentais, um dos pontos altos da Constituição de 1988, consagrou um rol extenso de direitos civis, políticos e sociais, com a previsão de direitos universais, ao mesmo tempo em que, reconhecendo a isonomia material, voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, como na previsão de normas voltadas à defesa das crianças, idosos, indígenas, pessoas com deficiência e consumidores².

No âmbito da sociedade de consumo, constata-se a vulnerabilidade do consumidor e a Constituição Cidadã, lastreada em princípios como o da igualdade material, não poderia ficar indiferente a tal fenômeno³. Assim, como direito fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor, na forma do art. 48 do Ato das

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 19.

² *Ibid.*, p. 172.

³ “Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno”. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.

Disposições Constitucionais Transitórias⁴, passou a ter diploma normativo próprio com o advento da Lei n. 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990.

Como comentam os autores do anteprojeto⁵ que originou a referida Lei n. 8.078/90, denominado de Código de Defesa do Consumidor, esse teve que ser aprovado sob a forma e com o trâmite mais célere das leis ordinárias para que fossem evitadas pressões do mercado que impusessem maiores delongas. Assim, por explicações de ordem político-legislativa e pela ausência de expressa previsão constitucional em sentido contrário, acabou, então, sendo aprovada a lei consumerista sob a forma de lei ordinária.

Talvez por essa peculiaridade histórica, há quem defenda, como o professor Flávio Tartuce⁶, que, a despeito de sua forma, como o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em observância direta da vontade da Constituição, ele teria natureza de norma de eficácia supralegal, situando-se no plano hierárquico entre a Constituição Federal vigente e as leis ordinárias.

Contudo, parece existir melhor razão àqueles que defendem a teoria do diálogo das fontes, criada pelo professor Erick Jaime e trazida para o Brasil por Claudia Lima Marques, como aplicável no âmbito das relações de consumo. Por essa teoria, nada impede que também sejam aplicadas outras previsões legais às relações de consumo, pois, como as normas devem ser interpretadas de forma conjunta, respeitada a interpretação teleológica dentro do sistema, busca-se a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico – concebido como sistema – mais do que qualquer exclusão⁷.

⁴ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 18 mai. 2016.

⁵ GRINOVER, op. cit., p. 10.

⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p.10.

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 118.

Além de mais razoável ante a constatação da congruência teleológica do sistema, a teoria do diálogo das fontes está em consonância com a previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 7º, preconiza que outros diplomas legais podem ser aplicados às relações de consumo, desde que compatíveis com os valores e objetivos consagrados em sede constitucional⁸.

A respeito do tema proposto neste trabalho, independentemente de qualquer discussão de natureza hermenêutica, com mais razão a cláusula geral de boa-fé objetiva é aplicável às relações consumeristas, quer por previsão expressa – e inovadora – no CDC (arts. 4º, III e 51, IV), quer porque prevista como princípio geral no Código Civil (arts. 113 e 422) e, em especial, por ser esse o entendimento que melhor atende aos princípios consagrados na Constituição e a busca pelo salutar desenvolvimento econômico com respeito à dignidade da pessoa humana e proteção dos vulneráveis.

Contudo, para que o consumidor possa se valer dos instrumentos de proteção outorgados pelo ordenamento, deve fazê-lo dentro dos limites constitucionais, observando o princípio da boa-fé, sob pena de restar desvirtuado o objetivo primeiro da norma constitucional protetiva que não foi a de privilegiar o consumidor em detrimento do fornecedor, mas sim de levar ao equilíbrio da relação consumerista não paritária, levando-se em conta que o desenvolvimento da ordem econômica nacional também é um dos objetivos constitucionais do Estado⁹.

⁸ Afirma Gustavo Tepedino que “diante da pluralidade de fontes normativas, características dos tempos atuais, torna-se indispensável, do ponto de vista hermenêutico, harmonizá-las a partir de uma unidade axiológica, orientada pelos valores constitucionais, sob pena de se esvaziar a própria noção de ordenamento. TEPEDINO, Gustavo. *A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁹ ENNES, Ricardo Guimarães Luiz. *O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/Ricardo_GuimaraesLuizEnnes.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

Nesse contexto, a cláusula geral de boa-fé objetiva não serve apenas como mero instrumento de proteção do consumidor – como equivocadamente consolidado na prática jurisprudencial –, mas sim de uma sujeição de ambas as partes – consumidor e fornecedor –, em igual medida, aos padrões de colaboração e de lealdade nas relações consumeristas¹⁰. Nesse sentido, ensina Gustavo Tepedino:

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo¹¹.

Assim, entendendo-se que a cláusula geral de boa-fé objetiva é aplicável aos dois polos da relação de consumo, em igual medida, ainda que se levando em consideração tratar-se de relação não paritária¹², é importante definir os contornos dogmáticos dessa cláusula geral, em especial no que tange a sua figura parcelar do *duty to mitigate the loss*.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA E SUA FIGURA PARCELAR DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

A boa-fé objetiva, um modelo ideal (*standard*) de comportamento aplicado às relações jurídicas, na linha da doutrina alemã adotada no Brasil, possui uma tríplice função, quais sejam, interpretativa, criadora de deveres anexos ou acessórios e restritiva do exercício abusivo de direitos, e é neste último sentido que se desenvolve sua figura parcelar ora estudada.

A boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo. Coord. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33.

¹¹ *Ibid.*, p. 34.

¹² Não se perde de vista o modelo peculiar brasileiro, com um código para iguais – o CC – dialogando com um código para diferentes – CDC. BENJAMIN, op. cit., p. 123.

desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que lhe impõem¹³.

Nessa perspectiva da eticidade que deve nortear as relações cíveis – e consumeristas –, à luz da boa-fé objetiva exigida mesmo quando há interesses diametralmente opostos em conflito, surge a teoria do dever de mitigação. O dever de mitigação ou *duty to mitigate de loss* impõe ao próprio titular do direito – o credor em sentido amplo – a obrigação de, sempre que possível, atuar para mitigar a situação de prejuízo efetivamente causada pelo devedor, ou seja, trata-se da exigência de comportamento leal e cooperativo entre as partes de uma relação jurídica.

Essa teoria, trazida para o Brasil por Vera Jacob de Fradera e que já encontra ressonância na doutrina¹⁴ e na jurisprudência dos tribunais pátrios¹⁵, impõe que o credor, diante do dever de lealdade e do dever de cooperação, atue concretamente – dentro de padrões de comportamento esperados – para não agravar a situação do devedor, ou seja,

¹³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

¹⁴ Conforme Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

¹⁵ BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758.518. Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9903032&num_registro=200500967754&data=20100701&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jun. 2016.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.

trata-se do dever do credor – quando objetivamente esperado – de minorar as suas próprias perdas¹⁶.

Dessa forma, sendo comprovado que o credor poderia ter atuado para mitigar a extensão do próprio prejuízo, mas que por desídia do credor a extensão do dano efetivamente causado foi ampliada – e não em razão da conduta do devedor –, deve tal fato refletir quando da fixação da condenação do devedor. O *duty to mitigate*, nesse contexto de aplicação mínima¹⁷, impede o ressarcimento integral do prejuízo, tendo em vista que a extensão do dano está relacionada à inércia do credor, e não mais unicamente em relação à conduta do devedor.

Nesse sentido afirma Leonardo de Medeiros Garcia:

Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilitam mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída¹⁸.

A despeito de se tratar de teoria advinda do direito alienígena, certo é que sua lógica não está distante do ordenamento pátrio, como pode ser exemplificado por algumas previsões do Código Civil, como o art. 944 e o art. 769, §1º do referido diploma. Contudo, em relação à seara consumerista, a sua aplicação não é pacífica, tendo em vista a regra da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor e a regra da reparação integral dos danos prevista no mesmo diploma.

Os artigos 12 e 14, *caput* do CDC¹⁹ consagram a responsabilidade objetiva do fornecedor ou do prestador de serviços na reparação de danos causados ao consumidor, não se verifica, portanto, a princípio, a culpa da vítima como elemento mitigador da

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 720.

¹⁷ O *duty to mitigate the loss* pode encerrar verdadeiro abuso de direito, contudo, o recorte escolhido neste trabalho apenas o aborda em sua aplicação mínima de adequação dos valores de indenização na hipótese de agravamento do dano por conduta omissiva e desleal do credor.

¹⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 65.

¹⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

responsabilidade no âmbito do direito consumerista, nem mesmo como critério de atenuação na fixação da condenação – como ocorre no art. 944 do CC²⁰. Contudo, tendo em vista a harmonia do ordenamento jurídico e a necessidade de interpretação das normas no contexto de um sistema, questiona-se a “blindagem” do direito consumerista quanto à avaliação da conduta do consumidor como vítima no contexto da responsabilidade civil. E nesse contexto insere-se a aplicação da teoria da mitigação do próprio prejuízo no âmbito consumerista.

Além disso, a teoria da mitigação do prejuízo não está apenas relacionada à conduta do agente, ou seja, não se trata de análise única e exclusiva de culpa, mas sim do exame do nexo de causalidade na seara da responsabilização civil, ou até mesmo, em casos mais graves, da imputação de responsabilidade pela caracterização da má-fé.

Ademais, trata-se de verdadeiro desdobramento da teoria do abuso de direitos aplicada à responsabilidade civil. Nesse sentido é necessário observar que a teoria do abuso de direito e o norte da boa-fé objetiva compõem um sistema aberto de vedações, de *standards* negativos que, independente de *nomen juris*, determinam a vedação de certos comportamentos verificados como desleais e incompatíveis com um padrão ético de comportamento, como acontece quando do desenvolvimento da teoria do *venire contra factum proprium* ou da *supressio*.

3. DEVER DE MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NO ÂMBITO CONSUMERISTA

Quando o consumidor, então, age em descompasso com a boa-fé, viola não apenas regra geral do CC – art. 422 do CC²¹ –, bem como previsão expressa do CDC, conforme

²⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

²¹ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

art. 4º, III desse último *códex*²². Nessa esteira, os tribunais têm entendido pela possibilidade de “mitigação” da responsabilidade do fornecedor, pois, ainda que a conduta danosa tenha por este sido praticada, o consumidor não pode, abusando do direito que o ordenamento lhe confere, permitir a ampliação demasiada do dano em razão de seu comportamento inerte.

Não é tarefa difícil imaginar casos nos quais haverá tal cenário. Por exemplo, no caso de uma montadora de automóveis que realiza o *recall* de uma peça do carro, contudo, o consumidor não leva seu automóvel à montadora. Será que eventual dano advindo do mau funcionamento da peça poderá ser imputado em sua integralidade ao fornecedor?

Nesse contexto convém trazer a lume alguns julgados que admitem a aplicação da teoria da mitigação do prejuízo no âmbito do direito consumerista, em especial no que diz respeito ao comportamento do consumidor em momento posterior ao dano causado pelo fornecedor:

Apelação cível. Ação indenizatória. Furto do cartão de crédito. Comunicação tardia. Culpa concorrente. Mitigação da responsabilidade da instituição financeira. Dever de mitigar as próprias perdas. Redução da indenização. (...) a comunicação do furto ocorreu após 40 (quarenta) dias o crime. Se isso não é suficiente para afastar a responsabilidade da ré, que não poderia ter autorizado a realização de transações por terceiros, por certo é capaz de atenuar sua responsabilidade, na medida em que o consumidor deve atuar de forma a minimizar o próprio prejuízo. Esse dever de colaboração - chamado pela doutrina *duty to mitigate the loss* - é conceito parcelar do princípio da boa-fé objetiva, que deve estar presente em todas as relações contratuais. 3. Redução da indenização para 50% do valor comumente fixado por este órgão fracionário em casos análogos de mesma natureza, acomodando-a em R\$5.000,00 (cinco mil reais)²³.

Nesse primeiro caso concreto foi operada a redução da condenação indenizatória do fornecedor, pois, quando o consumidor deixou de comunicar com a devida presteza a instituição financeira sobre o furto de seu cartão magnético, ele violou os deveres anexos

²² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 00019323420138190205, Julgamento monocrático. Relator Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004580F5662AE10BE39B6D6AE920949C0CBC5035E1F4224&USER=>. Acesso em 20 jul. 2016.

que advêm da boa-fé objetiva. Assim, os danos causados pelos saques indevidos em sua conta podem ser imputados ao prestador de serviços – já que este tem que zelar pela segurança na prestação do serviço –, contudo a extensão desses danos deve ser proporcionalmente atribuída à falta de diligência do próprio consumidor. Dessa forma, ainda que fixada indenização, o seu valor não pode ser igual à extensão do dano final da vítima, mas sim aquele diretamente ligado à conduta do prestador de serviços.

Outro caso de aplicação da boa-fé objetiva à conduta do consumidor se deu no contexto de um saque indevido, no valor de R\$500,00, na conta bancária do consumidor, quando este pleiteou pagamento de indenização por danos morais e danos materiais. No contexto da responsabilidade civil, por óbvio, o prestador de serviços foi responsabilizado e condenado ao pagamento do valor indevidamente sacado da conta corrente do consumidor, contudo não foram reconhecidos danos morais diante da prova de que a instituição financeira deflagrou celeremente providências administrativas para ressarcir o consumidor e que este, sem qualquer justificativa, recusou-se a receber o valor:

DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MATERIAL E MORAL. SAQUE INDEVIDO POR TERCEIRO NÃO AUTORIZADO. ÔNUS DA PROVA. RESTITUIÇÃO. OFERTA DE ACORDO NA VIA ADMINISTRATIVA PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RECUSA INJUSTIFICADA PELO CORRENTISTA. DEVER DE MITIGAR A PERDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 4. Quanto aos danos morais, há nos autos prova de que a instituição financeira deflagrou celeremente providências administrativas com o fito de proceder ao ressarcimento e, sem nenhuma justificativa plausível, o autor se recusou a aceitar tal acordo. 5. O princípio da boa-fé objetiva impunha ao autor, nessa situação, tomar as providências necessárias para mitigar sua suposta perda (é o que a doutrina chama de "duty to mitigate the loss"). Não o fazendo, tem-se que sua inércia contribuiu decisivamente para o suposto constrangimento que afirma ter sofrido. 6. Ao que parece, preferiu o autor abrir mão da imediata e voluntária devolução da quantia sacada para arriscar a sorte em uma ação de indenização por danos morais. Esse tipo de postura, a revelar uma espécie de litigiosidade fabricada, não deve ser incentivada pelo Judiciário, sob pena de servir de desestímulo à instituição financeira que adota políticas adequadas de solução administrativa e consensual de seus conflitos. 7. Apelação parcialmente provida, no sentido de julgar improcedente o pedido de

indenização por dano moral, mantida a condenação no que se refere ao ressarcimento da quantia indevidamente sacada. Sucumbência recíproca²⁴.

Nesse segundo caso, diante do saque indevido na conta bancária do consumidor, não pode ser ignorada a responsabilidade do prestador de serviços na hipótese, já que a ele cabe a vigilância e segurança das contas do consumidor. Contudo, ao negar-se a receber o valor prontamente fornecido pelo Banco, o consumidor violou o dever de mitigação do próprio prejuízo e, em último exame, a própria boa-fé objetiva, sendo devida a redução do valor indenizatório para que seja proporcional ao dano causado pelo prestador de serviços, e não ao dano indevidamente ampliado pelo consumidor quando da injustificada negativa de aceitar a restituição do valor debitado indevidamente de sua conta.

Nesses dois julgados, os tribunais consideraram que o comportamento desleal do consumidor no momento posterior ao dano causado pelo fornecedor deveria ser considerado quando da fixação da indenização.

Esses entendimentos jurisprudenciais transcendem a análise da vulnerabilidade do consumidor para aplicar na seara consumerista a necessidade de respeito à boa-fé objetiva – ainda que no contexto de relações não paritárias. Afinal, a confiança é valor caro para os dois polos da relação de consumo.

Além disso, devem ser considerados os fins sociais a que a norma se destina, fins que serão violados quando as prerrogativas conferidas em razão da vulnerabilidade do consumidor permitirem a ausência de análise crítica de seu comportamento. Assim, defende-se a boa-fé objetiva como cláusula geral inibidora de comportamentos contrários aos padrões de comportamento normalmente esperados, tanto dos fornecedores como dos consumidores.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 0022344-23.2003.4.05.8300. Relator Desembargador Leonardo Resende Martins. Disponível em <http://www4.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em 20 jul. 2017.

Não se ignora que, mesmo que se reconheça a aplicação do princípio da boa-fé às relações consumeristas, em especial no que tange ao comportamento do consumidor, ainda se faz necessária a discussão quanto aos *standards* que servirão como parâmetro para aferir a lealdade no comportamento das partes que compõem a relação jurídica. Essa tarefa árdua já tem sido objeto de debates no direito civil. Lá, propõe a doutrina, a boa-fé objetiva deve ser entendida não como um conteúdo vazio e vinculado aos conhecidos corolários dos deveres anexos de boa-fé, mas também vinculados a parâmetros razoáveis que permitam estabelecer a extensão desses deveres.

Nesse sentido, por exemplo, não há grande dificuldade em reconhecer que existe o dever de informação por força da boa-fé objetiva, mas sim em especificar o seu conteúdo, os seus limites no caso concreto²⁵.

No que diz respeito às restrições ao exercício de direitos de forma abusiva – mote desse breve estudo – igual construção é intentada pela doutrina, sendo certo que os operadores consagraram limites e parâmetros objetivos para essa vedação, como a proibição do comportamento contraditório e o dever de mitigação do próprio prejuízo.

E não se diga que tais construções não são aplicáveis no âmbito consumerista em virtude da previsão da responsabilidade objetiva do fornecedor e do prestador de serviços. Como já se defendeu, a teoria do diálogo das fontes, bem como a ideia da boa-fé objetiva como cláusula geral do direito civil, autorizam tal aplicação.

Por isso, verificada a desproporção do dano resultante e a conduta do fornecedor ou do prestador de serviços, tendo em vista a violação ao dever de mitigação que cabia e que podia ter sido exercido pelo consumidor, pode ser lastreada a redução do *quantum* indenizatória nas ações de responsabilidade civil.

Dessa mesma forma defende a doutrina:

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

A proteção conferida ao consumidor, no sentido do brocardo “tratar desigualmente os desiguais” deve ser feita na medida a proporcionar equilíbrio entre as partes. Não pode jamais ser utilizada de forma a beneficiar desproporcionalmente o consumidor em detrimento do fornecedor, pois assim estaríamos admitindo a permanência do desequilíbrio já existente, só que agora a favor do consumidor²⁶.

Por derradeiro, justificada a aplicação da boa-fé objetiva às relações consumeristas na defesa do prestador de serviços e do fornecedor em face do consumidor pela teoria do diálogo das fontes e pela previsão da boa-fé objetiva como norma geral do direito civil, também se justifica a aplicação dos corolários do dever de mitigação nas relações de consumo em função da exigência do nexo causal entre o dano e a conduta, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

A jurisprudência dos tribunais parece mitigar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano em atenção ao contexto do “imperativo social da reparação”²⁷. Certo é que a explicação e caracterização do nexo de causalidade é tema que suscita a criatividade da doutrina e que serve como fonte para a atribuição de sentidos e aplicações diversas pelos tribunais. Apesar da predileção pela teoria do dano direto e imediato, os tribunais não se furtam da aplicação de outras teorias, como a da causalidade adequada.

Nesse cenário fluído de entendimento sobre o que seja o nexo causal, mesmo que nenhuma das teorias conhecidas justifique afirmar a existência de nexo causal na hipótese, os tribunais impõem a presunção da existência do nexo de causalidade para justificar a indenização do consumidor. Surge, assim, o que se chama de responsabilidade objetiva agravada, pois presume-se não só a culpa como também o nexo causal.

Contudo, a presunção do nexo causal, como afirma Anderson Schreiber, não raro imputa a responsabilidade de tragédias individuais e pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos, fazendo com que estes suportem o ônus que a postura coerente

²⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 67.

²⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 78.

deveria atribuir à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade²⁸.

Assim, percebe-se que, além da relutância de aplicação dos corolários da boa-fé à conduta do consumidor sob o pretexto da responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços e do fornecedor, a fluidez de conceitos atinentes ao estudo da responsabilidade civil dificulta a clareza na imputação da responsabilidade, principalmente quando esta é justificada pelo “imperativo da reparação social do dano”.

Portanto, defende-se que há estrutura teórica, representada pelo diálogo das fontes, há previsão normativa, representada pela cláusula geral da boa-fé objetiva como norma geral do direito civil, e há elementos da responsabilidade civil objetiva, como a análise do nexa causal, que permitem a aplicação dos corolários da boa-fé objetiva no âmbito consumerista, em especial no que tange à sua figura parcelar do dever de mitigação.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor representa um sistema próprio de proteção ao consumidor, reconhecido como vulnerável mesmo já mesmo na Constituição de 1988. Contudo, como o direito é, ao mesmo tempo, reflexo da sociedade e fator de mudança da ordem social, esse novel conjunto de normas imprimiu um novo comportamento nas relações consumeristas, tanto no que tange aos fornecedores, quanto aos consumidores.

Assim, se por um lado as normas protetivas são necessárias para garantir a proteção do reconhecidamente vulnerável, essas previsões legais podem ser

²⁸ SCHREIBER, op. cit, p. 79.

indevidamente utilizadas para inverter o desequilíbrio da “balança”, passando o consumidor a extrapolar as intenções legislativas.

Como exemplo dessa desvirtuação da norma no corpo social, quanto às excludentes de responsabilidade dos fornecedores, o CDC foi mais singelo do que a doutrina tradicional da responsabilidade civil, o que implica, na prática, por vezes, a inversão desproporcional da vulnerabilidade.

Nesse cenário, o presente trabalho cuidou da análise da boa-fé objetiva aplicada ao comportamento dos consumidores, com enfoque na figura parcelar do dever de mitigação do próprio prejuízo, tendo em vista que a configuração de um sistema protetivo próprio, com fulcro na vulnerabilidade, tem caracterizado, por vezes, uma verdadeira deformação no comportamento do consumidor, comportamento violador dos deveres de lealdade e de cooperação.

Por meio da teoria do diálogo das fontes, trabalhada ao longo deste estudo, defendeu-se a possibilidade de aplicação das regras civilistas, principalmente quanto à responsabilidade civil, às condutas dos consumidores, dentro de um contexto de deformação do comportamento do consumidor, valendo-se indevidamente esse polo da relação do sistema protetivo consumerista. Por essa teoria, nada impede que também sejam aplicadas outras previsões legais às relações de consumo, pois como as normas devem ser interpretadas de forma conjunta, respeitada a interpretação teleológica dentro do sistema, pode ser que no caso concreto outra norma atenda à finalidade do norte protetivo do consumidor de maneira mais ampla e razoável do que o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Além de mais razoável ante a constatação da congruência teleológica do sistema, a teoria do diálogo das fontes está em consonância com a previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 7º, preconiza que outros diplomas legais podem

ser aplicados às relações de consumo, desde que guardem relação com o a ordem principiológica do *codex* e com o espírito de proteção do consumidor consagrado em sede constitucional.

Demonstrou-se que a premissa de vulnerabilidade do consumidor e a consagração de regras de proteção não podem implicar a não aplicação das regras gerais do Direito Civil, principalmente no que diz respeito à boa-fé objetiva, mais especificamente, com a aplicação da figura parcelar do dever de mitigação.

Como visto, a Lei nº 8.078/90 não prevê, diferentemente do Código Civil, a culpa da vítima como elemento mitigador da responsabilidade civil do fornecedor, nem mesmo como critério de atenuação na fixação da condenação, conforme art. 944 do CC. Contudo, tendo em vista a harmonia do ordenamento jurídico e a necessidade de interpretação sistêmica das normas, questionou-se a “blindagem” do direito consumerista quanto à avaliação da conduta do consumidor como vítima no contexto da responsabilidade civil. E nesse esteio insere-se a aplicação da teoria da mitigação do próprio prejuízo no âmbito consumerista.

Nesse contexto de respeito às regras contemporâneas de responsabilidade civil, defendeu-se a possibilidade de aplicação da figura parcial do dever de mitigação ao comportamento do consumidor. Afinal, impõe-se a este também o respeito à boa-fé objetiva, em especial na nova realidade dos comportamentos na massa social, sob pena de desvirtuar o próprio sistema de proteção.

Desse modo, mostra-se imperativa a adequação do sistema de proteção consumerista à realidade social de deformação da proteção, quando esta passa a impedir sejam vedados comportamentos abusivos do consumidor, comportamentos esses violadores da boa-fé objetiva e que não podem encontrar guarida na norma legal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013

ENNES, Ricardo Guimarães Luiz. *O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/RicardoGuimaraesLuizEnnes.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIMA, Clarissa Costa de Lima. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Patrícia Ferreira de Almeida. *A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PatriciaFereriradeAMonteiro.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STOLZE, Pablo; GABLIANO, Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. Vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo. Coord. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.